

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PODER NORMATIVO: DILEMAS DA AUTONOMIA REGULAMENTAR⁽¹⁾

GLAUCO MARTINS GUERRA⁽²⁾

I — SUBSTRATO DA QUESTÃO

A relação entre legalidade, poder normativo e poder regulamentar deve ser vista sob dois vértices específicos: (i) seu conceito jurídico e a inter-relação de dependência ao direito positivo, bem como, numa visão mais teórica, (ii) o contraponto entre o referencial da lei e o limite de sua interpretação pela autonomia regulamentar e normativa.

Nesse sentido, a proposta desta dissertação é a de analisar brevemente os conceitos de legalidade, poderes normativo e regulamentar; deduzir as razões de surgimento de uma capacidade normativa diferenciada da produção legislativa; compreender a implicação das eventuais dicotomias existentes entre o princípio da reserva legal e a eficácia do regulamento; para concluir se há ou não antagonismos, ainda que solúveis, entre os poderes normativo e regulamentar diante do princípio da legalidade.

De outro modo, a idéia é de checar, com alguma síntese, se o poder normativo e a atividade regulamentar, no âmbito do Direito Administrativo, representam algum tipo de ameaça ou lesão ao princípio da legalidade.

II — OS CONCEITOS

O princípio da legalidade insere-se na discussão das grandes questões envolvendo a concepção jurídico-política de Estado, o constitucionalismo, o positivismo jurídico e os direitos fundamentais da pessoa humana, com destaque para os referenciais da liberdade e da individualidade.

A partir da teoria política de *Montesquieu*, com a concepção da tri-partição das funções do poder, bem como do desenvolvimento da concepção de Estado de Direito, o *princípio da*

(1) Artigo elaborado a partir dos estudos realizados para o curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, denominado “Princípio da Legalidade”, proferido pela Profa. Odete Medauar, no primeiro semestre de 2003, a quem manifesto minha admiração pelo espírito crítico e construtivo nas novas idéias do Direito Administrativo.

(2) Advogado em São Paulo. Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

legalidade foi sendo erigido como o instrumento indispensável ao indivíduo para proteger sua esfera de direitos individuais de qualquer tipo de exorbitância do poder estatal, tendo na subordinação à lei a garantia dessa proteção. Como diz *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, “o Estado só pode segundo a lei e só pode segundo a forma de lei”.⁽³⁾

Parece fácil compreender que o agir do Estado vinculado à lei funciona como o norte da atuação dos agentes estatais. O que está na lei, o agente público deve cumprir. Logo, é para a Administração Pública que apontam os efeitos positivos do princípio da legalidade. Existe direta relação jurídica entre lei e ato administrativo.

Mas, como observa a Profa. *Odete Medauar*, tal higidez da fórmula legalista clássica foi ganhando contornos mais flexíveis, “na obtenção de poderes livres, o que gerou os *contrapesos* ao princípio da legalidade ou zonas de ampla liberdade, refletidas na discricionariedade e nos atos de governo, muitas vezes fundamentadas no chamado *poder de supremacia especial*”⁽⁴⁾.

Sob tal enfoque, surgem o poder normativo e a teoria dos regulamentos para formar o contra-balanço à legalidade formal e material que regem a ação administrativa.

É notório que o princípio da legalidade, quando aplicado à função executiva, por suas raízes civis, obedeceu, num primeiro momento, à idéia de *sentido negativo*, vale dizer, “a administração pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe”. Havia, portanto, um coeficiente de liberdade em que o administrador, na prática diuturna de seus atos executivos, poderia atuar. Existia como que um juízo de valor do administrador público para motivar uma ação administrativa que, embora não expressamente prevista em lei, também não estava proibida. Nesse tópico, as matizes do Direito Civil são muito fortes.

Com a complexa evolução do exercício do poder político, e mesmo da estrutura e aparelhamento do Estado, o sentido negativo do princípio da legalidade passou a ser criticado, dando lugar ao entendimento do *sentido positivo* da lei frente à Administração Pública. Isto é, o administrador se vincula à lei na prática de seus atos, porque a totalidade das ações administrativas deve estar submetida a uma norma legal prévia.⁽⁵⁾

Sob o prisma positivista, *Kelsen* surge como o grande mentor da teoria da atribuição

(3) *Ferreira Filho, Manoel Gonçalves*. “O Princípio da legalidade”. In Revista da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo: (10):9-20, junho de 1977. Ao destacar que o princípio da legalidade, sob a visão da vontade geral, está associado ao Estado de Direito (no modelo de Montesquieu e Rousseau), diz ainda o autor que “o pano de fundo deste pensamento é sempre a idéia de que a lei há de ser a expressão da Justiça, há de ter um conteúdo de Justiça”.

(4) *Medauar, Odete*. “O Direito Administrativo em evolução”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 143.

(5) *Sesin, Domingo J. Sesin, Domingo*. “Administración Pública. Actividad reglada, discrecional Y Técnica — Nuevos Mecanismos de Control Judicial”. Buenos Aires, 1994, Ediciones Depalma, p. 3/6.

normativa precedente. Toda concreção de normas gerais é feita por normas especiais ou específicas que se sobrepõem em estratos, formando a clássica pirâmide normativa, que tem em seu topo, pairando sobre a Constituição, a idéia abstrata de uma Norma Fundamental. A grande descoberta está na idéia de que, dado ser impossível previsibilidade ou dedutibilidade plenas de normas superiores a comporem normas inferiores, surge um espaço criativo que, segundo *Kelsen (Teoria geral do Direito e do Estado)*, é ocupado pelo administrador público e pelo juiz.

O certo é que, sob o enfoque do ato administrativo, sua legitimidade normativa ocorre exatamente pela existência prévia de lei que o defina. Se não há ordem normativa precedente que construa a conduta devida pelo administrador, ainda que se trate de ato jurídico, não é considerado como ato de função estatal.

Assim, para compreender o conceito de *poder normativo*, deve-se ter em conta que a norma produzida pelo administrador público ingressa na teoria da legalidade como o passo antecedente à legitimidade do ato administrativo.

O poder normativo surge de um arrefecimento da legalidade como um parâmetro imutável da atuação administrativa. Confere-se ao administrador uma capacidade de produzir normas que, não ofensivas à ordem jurídica, instruem e executem os atos de administração pública.

Na visão dos constitucionalistas, o Estado de Direito está alicerçado sobre a legalidade, mas vem adotando a extensão normativa de suas funções, em decorrência de três vertentes ontológicas⁽⁶⁾:

- a) o princípio filosófico de que a atuação estatal está pautada em leis, como resultado de um procedimento previsto e aceito pela sociedade civil organizada;
- b) a razão política da luta pela lei é fruto do conflito social de interesses, que se harmonizam através da aplicação da Justiça (aqui entendida como função do poder político); e
- c) a razão pragmática, na medida em que a inflação legislativa acaba desvalorizando a própria lei.

A lei cede espaço à norma e ao regulamento, como forma de alargamento do campo de atuação do agente público executivo.

(6) *Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Ob. cit., p. 16/19.*

Nesse sentido, pode-se aceitar que o *regulamento* se constitui num ato administrativo gerador de norma jurídica, de alcance geral e abstrato, proveniente da Administração Pública, cujo fim é o exercício ordenado da função administrativa, concomitantemente à execução de lei cuja efetividade demande ação administrativa.

Os regulamentos constroem preceitos tangíveis, mas não específicos na materialidade do ato regulado. O Poder Executivo detém o poder (constitucional e legal) de editar normas jurídicas de caráter genérico e abstrato, a fim de que, no plano do Estado de Direito, a lei editada pela vontade da maioria social (através da função legislativa do Parlamento) seja ordenada e executada para todos, independentemente de categoria, coletividade, comunidade ou individualidade.

O poder regulamentar se originou na concepção soberana do monarca diante do Poder Legislativo. Saltou da concepção centrada do poder político nas mãos do Parlamento, para a opção descentralizada da ação do Executivo, propondo para as matérias de governo e administração maior independência de produção normativa.

Deve ficar claro que, para o Direito Administrativo, a diferença entre poder normativo e poder regulamentar está no fato de que o primeiro compreende a produção de normas em sentido estrito (materiais e autônomas), enquanto que o regulamento destina-se a estabelecer condutas abertas e ordenadoras da ação administrativa, de maneira a explicitar a aplicação e execução de leis destinadas à Administração Pública.⁽⁷⁾

Por isso é que, ao discutir o princípio da legalidade em contraponto ao poder regulamentar, surge sempre a questão da primazia da lei.

As teorias constitucionais demonstram que a evolução do princípio da preferência da lei como uma simples “autovinculação” do poder executivo e de administração a uma “forma de ato legislativo” desaguou no ato de governo como um ato produtor de lei (norma em sentido amplo).

É o que ensina *Canotilho*⁽⁸⁾, para quem o princípio da legalidade está dissecado em sub-princípios (não no sentido de hierarquia, mas apenas sistemático) da preemência da lei e da precedência da lei (reserva de lei), vistos em conjunto com o princípio da com-

(7) Medauar, Odete. “Direito Administrativo Moderno”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1999, p. 129/130. “O poder regulamentar configura um dos modos de exercício do poder normativo no âmbito do Poder Executivo. Do ponto de vista lógico, é melhor dizer que há um poder normativo geral, do qual o poder regulamentar apresenta-se como espécie.” E ainda: “Além do poder regulamentar, a Administração detém a faculdade de emitir normas para disciplinar matérias não privativas de lei. Tais normas podem ter repercussão mais imediata sobre pessoas físicas, jurídicas, grupos, a população em geral ou mais imediata sobre a própria Administração, podendo ter ou não reflexos externos.”

(8) Canotilho, J.J. Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. Editora Almedina; 3ª edição, Coimbra, Portugal, 1999, p. 775/783. No capítulo “Relações entre as leis e os regulamentos”, encontra-se com clareza o fundamento constitucional do poder regulamentar.

plementaridade do regulamento. Conclui o Autor que a reserva de lei permite delimitar o conjunto de temas e matérias que devem ser regulados expressa e concretamente por lei. Por isso é que define a reserva de lei sob dois pontos essenciais⁽⁹⁾:

a) estão reservadas para leis formais específicas todas as matérias que não devem provir ou ser reguladas por outras fontes de direito (ex: regulamentos); e

b) o poder executivo usualmente carece de um fundamento legal para realizar suas atividades funcionais do Estado.

Ao identificar a reserva de lei numa “administração de prestações”, sempre que esteja em causa o paradigma da legalidade, o autor português delimita a questão sob uma ótica muito apropriada para discutir o poder normativo e regulamentar: estaria criado um preceito de segurança jurídica restritiva?

Entretanto, seja qual for o grau ou tipo, a reserva de lei não deve se afastar das estruturas constitucionais, pois é dessa fonte maior que nascem as competências legislativas, das quais o poder político depende estritamente. Dessa variação estrutural dos sistemas constitucionais que surge o entendimento da interdependência entre ordenação de competências e direção do poder político, delineando o quadro de matérias reservadas a leis específicas.

III — A CRISE DA LEI

Há de fato um choque de convicção acerca do princípio da legalidade. A lei efetivamente retrai a dinâmica da atuação estatal? A intersecção entre Direito Público e Direito Privado, na busca da maior eficiência da ação administrativa, coloca em xeque o papel ordenador da lei? Os modernos sistemas políticos estão rompendo com as abstrações da teoria clássica do poder estatal?

O mundo atual vive uma nova realidade jurídica. A relação entre o grau de democratização e o lugar das normas no ordenamento jurídico alargou-se diante da franca opção pela legitimidade do Direito Comunitário, o elo de construção de uma nova ordem econômica supra-nacional. Tudo o que até então foi erigido como interpretação normativa no Estado de Direito dentro de uma unidade territorial e soberana, concebendo o equilíbrio dos poderes a partir da estrutura da lei (homogênea, coerente e unitária), precisa, agora, conviver com outras modalidades de ordenação de igual força cogente.

(9) *Ob. cit.*, p. 251/254.

Por tais constatações, esse direito normativo em expansão — na ordem interna e internacional — identifica que a soberania da lei interna não está assegurada?

Alguns autores vêm trabalhando com a teoria de que a lei passa por uma transformação conceitual, em função de um Direito Pós-Moderno, cujos atributos essenciais são⁽¹⁰⁾: (i) há uma universalização das certezas (dada pelo pensamento global); (ii) faz-se um esforço de compreensão da complexidade da realidade; (iii) há um rompimento do dogmatismo em favor do pragmatismo.

Por consequência, são percebidos os resultados na maior flexibilidade do conteúdo normativo e do procedimento de adaptação da norma à realidade e na lei elaborada pela unidade (em contrário ao pluralismo do Direito Moderno). O entendimento de uma hierarquia legal estanque dá lugar a *standards* ou normas de recomendação, gerando maior estabilidade dos princípios gerais. Por óbvio, nasce a regulação e se constata uma nova ordem lógica em todo o sistema jurídico, fundada em elementos outros que, cientificamente, o Direito acaba por acolher: (i) complexidade; (ii) pluralismo; (iii) negociação; (iv) flexibilidade; e (v) adaptabilidade.

O ideal da lei, para esse novo Direito, pode estar além da lei. A sistematização dos comportamentos sociais, como meio de aplicação do justo e da Justiça — vale dizer, a jurisdicização de valores sociais — identifica uma nova fase: a hiper-modernidade do Direito, diante do novo ciclo de racionalização dos dispositivos jurídicos (instrumentos procedimentais, processos legislativos e judiciais etc.).

O Direito Pós-moderno, para *Chevallier*, não substitui o Direito Moderno. Ao contrário, absorve a racionalização pela produção normativa, tornando o processo um ato judicante, ainda que de natureza administrativa.⁽¹¹⁾

Há uma tendência de maior codificação do Direito, ao mesmo tempo em que ocorre a descentralização do poder normativo, com a matéria da “técnica legislativa” sendo valorizada, diante da racionalidade jurisdicional proeminente.⁽¹²⁾

Significativo que, no momento em que a humanidade se vê sincopada pelos mais

(10) *Chevallier, Jacques*. Artigo denominado *Vers um droit postmoderne?*, in *Les transformations de la régulation juridique*; Droit et Société – Recherches et Travaux, Paris, 1998.

(11) Exemplo fácil desse fenômeno é a constitucionalização dos direitos fundamentais, uma das características da hiper-modernidade do Direito, como destacam autores do porte de *Ferreira Filho e Canotilho*. Na França esse fenômeno é muito claro com a identificação do controle de constitucionalidade (até a década de 50 não existente). De seu turno, o reforço da independência do Juiz – seja na jurisdição administrativa, seja na judicial – identifica uma sobrevalorização da defesa do subjetivismo, um resgate dos direitos fundamentais, agora no contexto de um processo de emancipação jurídica se sobrepondo à crise do princípio da legalidade.

(12) Nesse contexto, a deslegalização americana, via *agencies*, procura sistematizar o Direito, evitando repetições sem função e criando maior flexibilidade normativa.

adversos e violentos meios de subjugo das comunidades mais fracas pelas sociedades econômicas mais poderosas, em que a política mundial suporta conflitos regionais dos mais étnicos e bélicos, em que as religiões dão conta de um sincretismo exacerbado e de evidente falta de estrutura moral que as suporte, bem como, e finalmente, que a economia global trabalha sobre paradoxos de câmbio e volatilidade do capital especulativo diante do capital de investimento em meios de produção, por tudo isso o Direito hiper-moderno, em sua pan-juridicidade, tenda ao retorno ao clássico fim do Estado Social.

O princípio da legalidade retroagiria, então, a seu estado bruto de análise sincrética da lei como dogma, e não como ferramenta evolutiva da ordem social.

Essa visão fatalista é logo abandonada ao se averiguar que a doutrina do Direito Administrativo resgata o poder público e a estrutura estatal naquilo que representam por suas funções de proteção à segurança interior dos cidadãos e à paz jurídica. Destarte, essa é a lição de *Karl Larenz*, para quem a tarefa do Direito está na delimitação e preservação da liberdade individual (“o que o homem não elege por si mesmo, aquilo em que está limitado ou dirigido, não se converte em seu ser, permanecendo-lhe eternamente estranho”, referência extraída de *Humboldt*)⁽¹³⁾.

O conflito social é fruto da estrutura social. O Estado e o Direito têm os seguintes papéis nesse jogo de forças: (i) o Estado se revela fenomenicamente como seu contrário quando, embora pacificador e homogeneizador, provoca ele mesmo e em si o conflito (social, econômico etc.) que busca redimir, manifestando-se, mais do que suas instituições, através do Direito; (ii) o Direito ocupa então o claro da racionalidade (antes dada apenas pelo Estado, através da lei), devendo aceitar a dialética a que está obrigado, por seu *ideal* (Hegel — a idéia ética do Estado), de maneira a harmonizar as estruturas e superestruturas com a ideologia (interesse) predominante.

Por isso é que *Larenz* trata das funções do poder e tece as devidas críticas a uma crença indissolúvel no regime democrático, cujos estágios iniciais de gestação na sociedade moderna demonstraram um excessivo grau de confiança cega e, por consequência, de alienação participativa. Democracia não é suficiente para solucionar os conflitos sociais. Diante da construção do paradigma de controle e limitação do poder estatal, o modo de aparecer o Estado, ao mascarar as contradições sociais que o originam (de quem depende), é a forma (a relação) que detém para se legitimar sua autoridade, por vezes exorbitante.

(13) *Larenz, Karl*. “Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica”. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985, p. 154.

Então, como a fênix, o princípio da legalidade ressurgiu das cinzas, representando um novo elemento de equilíbrio no ordenamento excessivamente normatizado e regulado.

IV — A RESERVA LEGAL E SEUS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

Uma nova ordem para a legalidade não pode ter outra fonte, senão dois preceitos fundamentais assegurados na maioria das ordens constitucionais: o princípio democrático e o Estado de Direito.

O *princípio democrático* tem a idéia de lei como a materialização de uma decisão extraída do conflito de interesses sociais, sistematizado pelo método representativo da ação legislativa. Mais que isso, a lei se traduz num ato de consentimento.

No *Estado de Direito*, a lei representa o instrumento material do poder executivo. É sua regra primária indispensável para assegurar e desenvolver a ação administrativa. Ou ainda, funciona como a garantia contra o abuso do poder.

Mas é no princípio da igualdade que se encrava a justificativa derradeira para a legalidade. A reserva da lei deve ser aplicada a todos, dentro e fora da gestão pública, participando direta ou indiretamente da construção legislativa, bem como nas ações executivas e de fiscalização, inclusive no que toca ao poder jurisdicional. Impossível contestar que a reserva legal restringe competência de atuação. Entretanto, esse é um fenômeno salutar, de modo que, na atualidade, a realização dos fins sociais não passa por uma aplicação sistemática, mas sim conjuntural, da lei. Deve a Administração se guiar por critérios normativos e também valorativos do complexo de fatos da vida social.

Enquanto o poder normativo da Administração esteve adstrito à legalidade pura, em que a norma regulamentar guardava suficiente compatibilidade com a lei que a precedia, inexistia qualquer necessidade de uma justificativa maior para o ato administrativo que executava um comando ordenador.

Foi com a construção teórico-jurisprudencial de um poder normativo e regulamentar autônomo, praticado sem autorização de lei prévia, que o Direito Administrativo se voltou para a ordem constitucional, esperando encontrar um fundamento desse fenômeno.

Nesse contexto, trazendo o tema para o princípio da legalidade, é efetivamente complexo o achado do fundamento jurídico-constitucional para suportar a idéia de plena autonomia do poder regulamentar. A capacidade de produzir regulamento autônomo precisa decorrer de um poder fundado na Constituição, e não como poder criado por lei, de modo

que não se aceite como premissa uma contradição em essência.

A Constituição nos sistemas jurídicos positivados precede a própria lei na regulamentação da atividade administrativa, por seu caráter dirigente. E não é diferente no sistema brasileiro, em que a Carta Política de 1988 enuncia um verdadeiro compêndio de sistematização da Administração Pública e de gestão/defesa do bem público.

A compreensão mais adequada desse tema exige uma breve análise do conteúdo da relação de legalidade.

V — O CONTEÚDO DA RELAÇÃO DE LEGALIDADE

A doutrina moderna colocou o princípio da legalidade sob dois enfoques bem definidos, conforme relata *Eisenmann*⁽¹⁴⁾:

- a) a noção mínima, segundo a qual a legalidade é uma relação de *não-contrariedade* ou de perpetração na compatibilidade entre ação e fim (nenhum agente administrativo deve agir contrariamente à lei); e
- b) a noção máxima, a legalidade é uma ação de *conformidade* (se está conforme uma regulamentação legislativa, então o ato jurídico-administrativo é aceito como válido).

Na concepção mais rigorosa de relação de legalidade: (i) é “compatível” o ato administrativo que não se oponha ao conteúdo material da lei; (ii) é “conforme” o ato que se apresenta em similitude com a regulamentação.

Conformidade e compatibilidade carecem de precisa definição, quando se trata de relação entre ato administrativo e lei. O “princípio da compatibilidade” permite que, a partir de uma regulamentação legislativa, tudo aquilo que não esteja direta ou indiretamente vedado ao administrador é permitido (onde não existe lei, não pode haver ilegalidade). De seu turno, o “princípio da conformidade” exige que o administrador só aja conforme a lei.

Pertinente sustentar que a “conformidade” traz mais segurança jurídica em sua essência, pois define uma “regularidade positiva” da ação administrativa. Até porque o caráter “conforme” da lei inclui em seu contexto a compatibilidade, mas a recíproca não é verdadeira.

(14) *Eisenmann, Charles*. “O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade”. Revista de Direito Administrativo, v. 56, 1959, p. 48/58.

O estudo desses dois paradigmas tem um norte proposto por *Eisenmann*: como o direito positivo pode contemplar o princípio da conformidade dos atos administrativos na legislação e de que modo esse positivismo assegura o princípio da compatibilidade dos atos administrativos à lei?

VI — O DIREITO POSITIVO NO FOCO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A positivação dos atos administrativos exige um modelo legislativo pré-determinado de conduta do agente público.

Um problema de difícil solução, nesse sentido, é o das abstenções. Todo ato material é ato jurídico, mas nem todo ato jurídico se materializa (a exemplo dos atos negativos ou não-atos). O princípio da conformidade rege os atos jurídicos em sua forma e conteúdo fundamental. Mas não se deve esquecer que um ato jurídico é um ato de vontade, elemento de ação esse que depende do indivíduo ao qual se destina o comando normativo, razão pela qual a operação normativa, se criar “modelos”, deve estar suficientemente estruturada para não sofrer um choque de “legitimidade” (na medida em que define poder de autoridade a quem fiscalizará o indivíduo e sua conduta).

O não-ato, isto é, a ausência de manifestação da vontade do agente público, abstendo-se inclusive do cumprimento da lei ou da regra regulamentar, pode representar uma lacuna na aplicação do direito positivo pela Administração.

Então, para que os representantes administrativos possam atuar, é necessária uma legislação-quadro, uma regulamentação, que tenha definido à exaustão o modelo teórico-abstrato do ato administrativo?

Evidente que, quando se tratar de ato administrativo puramente material, a resposta é negativa, pois não faz sentido que a lei determine (e delimite) ações técnico-operacionais que não derivem de ação política ou vontade estatal. Apenas para o conjunto de atividades materiais da Administração (quando envolvam, por exemplo, a execução de uma política pública), faz-se inexorável uma estrutura legal de previsibilidade.

Mas, e quando se tratar de uma questão de hierarquia normativa, em obediência à ordem formal? Recorre-se ao fundamento jurídico-constitucional? *Jean Rivero* entende que sim, sob o prisma do sistema francês: “A Constituição, conquanto se imponha a todas as autoridades administrativas, só vê sua violação sancionada pelo juiz se esta não decorrer

da inconstitucionalidade da lei que o acto administrativo aplica.”⁽¹⁵⁾

O direito positivo nem sempre exige fundamento para a prática dos atos jurídicos da Administração em conformidade com uma regulamentação legislativa, na medida em que existem atos meramente portadores de regras ou normas, como os regulamentos administrativos. Os regulamentos elaboram normas-quadro que circunscrevem o poder regulamentar do agente, o que, de certo modo, inibe a aplicação do princípio da conformidade, visto que haveria confronto de regra com regra ou norma com norma.

Por isso, parte da doutrina (a exemplo de *Eisenmann*) conclui que o princípio da legalidade não se aplica plenamente aos atos jurídicos administrativos, no que toca a seu fundamento, na medida em que normas ou regras específicas podem ser tomadas se respeitada a regra legislativa de hierarquia do direito positivo e, mais precisamente, de conformidade racional entre “proposição singular” e “proposição geral” dos comandos normativos em confronto.

Os atos administrativos unilaterais nada mais são do que normas especiais criadas pela Administração Pública. Como tal, improvável que detenham similitude com outras normas jurídicas específicas, mas devem estar “conforme” as normas-quadro produzidas pela atividade legislativa ordinária. Essa conformidade quem dita é o juiz ou, mais precisamente, a jurisprudência.

Daí à questão fatal é um pulo: qual o limite da reserva legal, qual é seu tópico? Um poder executivo livre para legislar é o mesmo que uma Administração autorizada pelo Parlamento para legislar?

A precedência da lei, como princípio tratado por *Canotilho*, traduz a exigência de uma “lei habilitante” que justifique uma atividade administrativa regulamentar. Esse é um item específico do princípio maior da reserva de lei, que vem a ser a regulamentação primária e essencial de determinadas matérias desde logo protegidas à competência originária de produção normativa, isto é, à atividade parlamentar. Para *Canotilho*, não se emite regulamento sem lei prévia que o autorize e lhe confira limites. Do contrário, ainda que *a posteriori* haja lei legitimando um regulamento já existente, estará ele cravado de inconstitucionalidade.

Eis o porquê da expressão *reserva de parlamento*. Que prega dois preceitos específicos: a reserva de lei formal, mais próxima às garantias do Estado de Direito (segurança

(15) *Rivero, Jean*. “Direito Administrativo”. Coimbra: Editora Almedina, 1981, p. 91.

jurídica, igualdade, imparcialidade, proporcionalidade etc), e a reserva de competência, que garante a certeza jurídica de legitimidade política do órgão que legisla especificamente sobre determinada matéria constitucionalmente assim definida.

Mas é na *reserva do ato administrativo* que se dá o passo mais importante: a construção da lei material que propõe a disciplina normativa geral da Administração Pública, inclusive para os atos normativos inferiores à lei. A lei autoriza o Governo (ou executivo) a proferir atos normativos. Contudo, trata-se de uma *reserva relativa*.⁽¹⁶⁾

A relação entre lei e direitos fundamentais é a chave moderna da reserva legal. No momento constitucional atual, percebe-se que a lei pode também atingir o campo dos direitos fundamentais, podendo restringir direitos, liberdades e garantias.

O que se identifica como a crise da lei na modernidade (item III acima) é fruto das transformações da vida contemporânea, dentre elas as mudanças estruturais de classe e, fundamentalmente, de uma nova relação entre Estado e sociedade, provocadas por demandas sócio-econômicas e políticas no seio do Estado Social, em consolidação ao processo capitalista. De outra sorte, há causas externas ao ordenamento que repercutem nas causas internas de abalo da identidade da lei. A quebra do suporte cultural que sustenta a racionalidade legislativa comprova que as fontes formais do direito se descaracterizam e perdem relevância. Com isso, tornam-se obsoletos pressupostos instrumentais da ação legislativa, na medida em que a lei deixa de ser uma ferramenta básica de regulação. A lei acaba sendo mimetizada, provocando desordem no aparelho estatal, como o enfraquecimento do princípio da legalidade e da força executiva (e sancionatória) do Direito.

Diz *Canotilho*: “neste domínio dos direitos fundamentais, a reserva de lei não possui apenas uma dimensão garantística em face das restrições de direitos; ela assume também uma dimensão conformadora-concretizadora”⁽¹⁷⁾. Ainda assim, qual a probabilidade das sociedades atuais, menos abertas e pluralistas e com forte tendência ao ruir das soluções legais ou institucionais, conduzirem-se a uma derrocada do princípio democrático?

O ponto fraco (e chave) da questão está exatamente na relação entre reserva geral de lei e atos da Administração. Só o princípio da legalidade, com sua capacidade de determinação e acentuação para uma ‘legalidade substancial’(ou seja, matéria específica e

(16) Existem ainda a *reserva de decreto-lei* (matérias que só podem ser editadas por esse instrumento legal), a *reserva de norma jurídica* (a exclusividade de matérias reguladas por atos normativos inferiores à lei) e a *reserva de lei reforçada* (a matéria deve ser tratada por lei formal do parlamento, em conjunto com outra lei que atribua parâmetro valorativo a outros atos legislativos), mas esses fenômenos são adjacentes ao tema proposto para a presente dissertação, embora apontem para a hipótese de que poder normativo e regulamentar, quando praticados em compatibilidade com a lei, não ferem o princípio da legalidade.

(17) *Canotilho, J.J. Gomes*. “Direito Constitucional”. Coimbra: Editora Almedina, 5ª edição, 1992, p. 798/803.

determinada), permite legitimar os fundamentos legais da ação administrativa, bem como delinear e densificar os limites materiais da vontade administrativa.

Do contrário, a derrocada do princípio democrático é questão de tempo, tendo como último remédio a *reserva total de lei*, que se define pela lei prévia a qualquer ato ou atividade da Administração Pública, seja ela uma ação coativa (administração sancionadora), interventora ou administração de prestação. O argumento democrático para tanto seria: o parlamento centraliza o poder político e dirige o executivo. O argumento do Estado de Direito: o interesse coletivo é fruto da prestação estatal.

VII — AÇÃO ADMINISTRATIVA E DISCRICIONARIEDADE.

A VONTADE ADMINISTRATIVA

O espaço livre da ação administrativa é dado pela vontade manifesta e fundamentada do agente público na ordenação e execução prática do interesse público.

O direito italiano, através de *Zanobini*, permite discutir a definição do conceito de ação administrativa e a interpretação que a ela confere a doutrina diante da norma jurídica. Identifica-se uma ciência da Administração Pública, que detém um estreito método de compreensão da lei aplicada às atividades administrativas.⁽¹⁸⁾

Não é mais a clássica divisão das funções do poder político que serve como meio de identificação da posição da Administração Pública, sobretudo refutando o título de “poder executivo”. Conquanto seja esse um paradigma até mesmo de ordem constitucional, é ele insuficiente para o estudo e sistematização do que vem a ser a administração do Estado, que não se limita a assegurar e cumprir a norma jurídica, mas a praticar algo maior na defesa do interesse coletivo.

Por essa razão é que *Zanobini* procura dissecar o ato de vontade que a lei representa para o particular (o indivíduo) e o administrador, no exercício de sua autoridade.

O Direito vai além da aplicação da norma em concreto. Assim como para o indivíduo a norma não regula toda sua vida, mas só limita sua liberdade, para a Administração Pública, também como sujeito de direitos, a norma só define a esfera de suas atividades para atender ao interesse público, sem que isso signifique, contudo, a supressão da ação volitiva do Estado.

(18) *Zanobini, Guido*. L'attività Amministrativa e la Legge, in *Scritti Vari di Diritto Pubblico*. Milão, Editora Dott. A. Giuffrè, 1955, p. 202/208 e 214/218.

A doutrina verifica que, ao se separar a jurisdição da administração — isto é, o controle dos atos jurídicos do indivíduo dissociado dos atos de prática e defesa do interesse coletivo que contém as vontades de cada indivíduo vivendo em sociedade — é possível também isolar a extensa função da lei, identificando funções estanques, mas cogentes e individualizadas, como administrativa, civil ou penal.

São três as funções fundamentais de uma norma de ordem pública, inscrita como lei administrativa e interpretada pelo Direito Administrativo: (i) a definição do objeto da atividade estatal; (ii) a definição da estrutura de jurisdição; e (iii) a garantia da finalidade social do ato administrativo.

Destarte, necessário reconhecer que a norma administrativa, por seu alcance na esfera dos interesses públicos, regulando a ação e intenção estatal, tem condições de avançar em outros campos do Direito.

A lei representa sempre uma vontade superior, que se inscreve como positiva, para disciplinar as vontades particulares que não afetam a esfera de direitos dos terceiros. No âmbito público, essa vontade é transcendente quando o Estado persegue seu fim, elaborando-se a lei como intrínseca à ação administrativa. Vale dizer, para atingir suas finalidades, o Estado necessita de um agente que pratique um ato. Esse ato precisa estar balizado numa conduta, pois dela decorre a vontade administrativa, que não é pessoal, mas resultante de um poder de autoridade. A contenção desse abuso está exatamente na lei, por isso sua natureza “orgânica” para a ação administrativa.

Em relação ao indivíduo, a lei deve apenas delimitar suas vontades, pois o que se garante é o direito à liberdade. Quando se constrói uma lei civil ou penal, os critérios axiológicos são de ordem ética e material.

Não assim para a Administração Pública, pois se fazem necessários critérios jurídicos objetivos. A vontade do Estado é seu poder legislativo. Para a organização do Estado, existe o poder administrativo. Em sua função volitiva, o Estado pode discernir o que é ou não parte de seu fim, inclusive distinguindo suas atividades materiais das vontades administrativas que definem sua forma e meios de atuação. Como diz *Zanobini*, a atividade administrativa é função fundamental de vontade (de manifestação da ação administrativa), em contraponto à função essencialmente lógica do ato de julgar.

A Administração Pública comporta uma vontade mediata do Estado, enquanto que a vontade do legislador (e também a do juiz) é imediata.

A vontade do administrador é “conforme” se vinculada à lei. Contudo, se discricionária for, haverá legalidade apenas na hipótese de “conformidade” ou também de “não-contrariedade” à lei.

Para a especulação proposta, inexorável o registro de breves considerações sobre a discricionariedade.

VII.1 — Discricionariedade

O poder discricionário do agente estatal faz o elo entre atividade da Administração e interesse público. Sua gênese está na própria teoria da legalidade.

Define-se a discricionariedade como a faculdade do administrador público em orientar o ato administrativo segundo a oportunidade e a conveniência, criando-se um “espaço livre” entre o interesse público e a escolha dos meios material e formal de sua realização. Mas a vontade discricionária nunca pode se desvincular totalmente da lei, como observa *Jean Rivero*⁽¹⁹⁾.

Essa idéia de liberdade de ação administrativa contrastava, nos primórdios do Direito Administrativo, com o princípio da legalidade e o Estado de Direito. O que pudesse escapar aos limites de submissão à lei comprometia a defesa dos direitos fundamentais do indivíduo. Evolutivamente, constatou-se que o poder discricionário decorre da separação das funções do poder político, servindo como fator de equilíbrio.

Quiçá o exemplo mais contundente seja o sistema jurídico francês. O controle jurisdicional dos atos administrativos não deveria interferir nas decisões de conveniência e oportunidade do interesse público, mas apenas na salvaguarda do cumprimento formal da lei. Até meados do séc. XX, a França não permitia revisão jurisdicional dos atos concentrados de administração do Estado. Até que o Conselho de Estado, a partir de 1958, passou a realizar o efetivo papel de controle, inclusive dos atos normativos da Administração Pública, reservando-se na Constituição um número certo e determinado de matérias que só podem ser reguladas por lei⁽²⁰⁾.

A proposta de uma seqüência histórica da discricionariedade permite cotejá-la com o princípio da legalidade: (i) observância de competência para a ação administrativa; (ii) regras determinantes de lei formal; (iii) realização de interesse público; e (iv) vício do

(19) *Ob. cit.*, p. 95.

(20) O artigo 34 da Constituição francesa estabelece quais são as matérias que, votadas pelo Parlamento, devem ser regradas por lei. Na seqüência, o artigo 37 diz outras matérias que não sejam do domínio da lei assumem caráter regulamentar.

ato administrativo por desvio de poder, legitimando revisão judicial para reordenar sua conformidade ao fim público que motivou a vontade administrativa.

Ao se constatar que é necessário um nexo entre ato administrativo e sua motivação (fato, lei e interesse público) para sustentar a discricionariedade, constata-se que essa faculdade do administrador público evoluiu na mesma proporção à legalidade, saindo do plano meramente formal para o essencialmente material.

Além da supremacia do interesse público, esse conceito de intangibilidade da discricionariedade também se destaca em outros pontos:

- a) a incapacidade da lei prever e ordenar todos os aspectos sociais de ingerência da Administração Pública;
- b) a necessária margem de atuação flexível da Administração, inclusive mediante edição de atos normativos (origens do regulamento);
- c) concretude de atos abstratamente regulados por lei geral;
- d) agilidade administrativa dada pelo contato mais próximo com a realidade, em comparação ao poder legislativo.

Denota-se que a discricionariedade fomentou o poder normativo da Administração Pública, criando as bases de uma atividade regulamentar que a lei ordinária não daria conta, diante da necessária fluidez e rotina de emissão de comandos (normas) de gestão administrativa.

Faz-se a ressalva, entretanto, que no Direito Constitucional encontram-se as principais barreiras de uma discricionariedade absoluta, somado à doutrina administrativa européia, que não admite para Administração “potestad normativa incondicionada y general”, como demonstra *Garcia de Enterría*⁽²¹⁾.

VII.2 — Aproximação entre legalidade e discricionariedade

Vislumbrando o nascedouro do poder regulamentar, a discricionariedade passa a focar o ato administrativo, mais pontual na definição da conveniência e oportunidade, sob a premissa do interesse público previamente visualizado. O aumento do espaço livre da Administração Pública, em especial com a maior operacionalidade técnica (econômica e científica), denota-se no juízo de valor do administrador que, pelo método comparativo,

(21) *Garcia de Enterría, Eduardo*. “Legislacion Delegada Potestad Reglamentaria Y Control Judicial”. Madri: Editora Civitas, 3ª. edição, 1998.

compõe interesses público e privado com os fatos motivadores da ação administrativa.

Com a formalização de processos motivadores da discricionariedade (em especial a forma e a publicidade do ato, bem como a competência e representação), evoluiu-se para sua identificação como um poder-dever do administrador, no livre arbítrio da atividade administrativa. O princípio da legalidade — ou, mais precisamente, a primazia da lei — torna-se fator essencial ao poder discricionário.

De outro lado, o princípio da legalidade pode representar um entrave ao desenvolvimento das atividades administrativas, notadamente quanto à produção de normas (os regulamentos).⁽²²⁾

Pelo exposto, conclui-se preliminarmente que a discricionariedade desvenda o mito da legalidade como um dogma atrofiado do Direito Administrativo. Pelo contrário, as relações de legalidade ganham força e revigoram a relação entre Estado de Direito e aplicação da Justiça, na defesa dos preceitos fundamentais do indivíduo, quando defronte à ação administrativa discricionária.

VIII — O DIREITO POSITIVO E A TEORIA DOS REGULAMENTOS

O direito positivo permite demonstrar as peculiares situações em que a função administrativa se posta diante da lei. No confronto da norma jurídica com a conduta, verifica-se que, para o indivíduo em sua atuação privada, existe um resguardo da materialidade da ação no limite de seu alcance, poder e liberdade, com o que ocupa a lei uma função prevalente negativa. Ao contrário, para a Administração Pública, a função da lei é essencialmente positiva, vez que define objetivamente a conduta que o agente deve tomar.

A vantagem para a Administração Pública na positividade da norma jurídica é que esta permite a prática do ato (a partir da definição da conduta) por meio da representação, vale dizer, não é a pessoalidade do agente administrativo que define o ato, mas sua função, permitindo, inclusive, sua substituição procedimental. O ato administrativo encarna, portanto, a vontade do Estado (e a vontade de seus representados, representada pelos interesses coletivos e públicos), não do indivíduo em sociedade. Essa circunstância hermenêutica

(22) Uma das saídas está no avanço da análise de mérito (conveniência e finalidade) que o poder jurisdicional deve praticar, no franco exercício de controle do abuso de poder. O mérito se revela pela motivação do ato. É o exame de motivos, como ensina *Hely Lopes Meirelles*. Ademais, Se o mérito é a essência maior — oportunidade e conveniência — da vontade administrativa na identificação e prática do interesse público, a lei não pode funcionar como única fonte de direito. Tomam partido desse tema, pois, os preceitos constitucionais, e os princípios gerais de direito, que balizam a ação jurisdicional no controle dos atos administrativos.

define, inclusive, o poder da autoridade e seus limites.

Tem-se percebido um declínio acentuado do modelo de Estado legiferante de tradição oitocentista, em que a vontade soberana do Executivo tornava suprema a lei. Desde o pós-guerra, a construção de um Estado de Direito focado na representatividade popular e no viés social da interferência administrativa está criando novas fontes de Direito que agem em complementaridade (e muitas vezes em detrimento) da lei.

A autonomia política trouxe no bojo dos Estados contemporâneos um novo modo de legislar. E, nesse contexto, renovou-se e foi aprimorado o controle de legitimidade constitucional para a produção de normas postas, identificando uma função legislativa negativa, construída a partir do paradigma da primazia da lei.

É patente que está se verificando uma abertura do processo de formação da lei à intervenção direta do titular do interesse na regulação, seja ele o ente privado que busca o equilíbrio de mercado, seja a entidade funcional que preserva a auto-regulação, seja o agente público-político que pretende administrar a máquina estatal, sem a perda do equilíbrio entre os poderes.

Na visão do Prof. *José Afonso da Silva*⁽²³⁾, os princípios da legalidade e da reserva de lei apresentam algumas distinções que são fundamentais para a compreensão do alcance da lei na prática da ação administrativa: (i) enquanto a legalidade determina o respeito à lei (submissão), a reserva estatui a regulamentação de determinadas matérias exclusivamente por lei formal (formalidade); e (ii) a legalidade ordena uma hierarquia de fontes normativas (eficácia e legitimidade), ao passo que a reserva de lei estabelece.

Diz-se, por vezes, que a legalidade é uma *reserva relativa*, em contraponto à reserva de lei, que é tratada por *legalidade específica*. O princípio da reserva de lei pressupõe um comando normativo específico que comina no cumprimento da legalidade, ditando-se uma disciplina material ou formal específica para a prática do ato jurídico vinculado.

Ao localizar essas premissas conceituais no ordenamento jurídico, *José Afonso da Silva* diz que a relação entre legalidade e reserva de lei é um caso de Direito Constitucional positivo. Isto porque, no âmbito da produção de normas, a Constituição outorga ao Poder Legislativo a manifesta expressão de legiferar em abstrato, função essa que incide sobre o mais amplo campo das relações jurídico-sociais. De outro lado, é também a Constituição que delinea as hipóteses em que o conteúdo normativo estará reservado à lei, caso a caso.

(23) *Afonso da Silva, José*. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. São Paulo, Malheiros Editores, 20ª edição, 2001, p. 421.

Para sustentar o cumprimento de normas gerais e abstratas, ao mesmo tempo em que leis de disciplina pré-determinada sejam formalmente construídas sem passarem pela rigidez da disciplina das fontes de direito, é inexorável a *hierarquia das fontes normativas* convivendo harmonicamente com a *competência legislativa*.

O poder amplo e geral de legislar constrói a legalidade, cujo princípio demanda amplo respeito. Quando a lei, de outro lado, faz-se através da definição de um conteúdo específico, está definida a premissa formal para a definição de uma competência certa e determinada de um ato legislativo pré-ordenado. Vale dizer, a reserva garante que o legislador, ao regular uma matéria específica por lei formal, terá competência a tanto.

Está construído o panorama para uma reflexão acerca da teoria dos regulamentos.

VIII.1 — A ação administrativa regulamentar

Em primeiro lugar, a atividade administrativa é conduzida segundo a norma de Direito Administrativo. A norma administrativa, por definir uma postura de autoridade, precisa da prévia observação da conduta e destinação (inclusive sancionatória), vez que determina o fim expresso do ato administrativo a que se destina ou que fundamenta. A norma de direito administrativo não é orgânica em sua concepção, mas sim “de instrução”, pois define, ordena e instruí o agente administrativo.

Sob tais premissas, cabe suscitar como o Prof. *Eros Grau* avalia os regulamentos de execução e, mais propriamente enfocando a lei como objetivo do ato regulamentar, encontra na discricionariedade administrativa uma importante reflexão: (i) para cumprir a lei, usualmente é necessário expressá-la; (ii) essa explicitação define a maneira de se observar e aplicar a lei; (iii) ao aplicá-la segundo uma interpretação, o agente público está utilizando algum grau de discricionariedade para estabelecer essas regras funcionais da lei que deverão ser obedecidas; (iv) para que a ordem administrativa ocorra, só se aplica lei regulada se obedecida hierarquia funcional da organização estatal; (v) logo, “o poder hierárquico seria o fundamento da função regulamentar”⁽²⁴⁾.

Tal raciocínio obedece a uma visão pragmática. O exame do princípio da legalidade sob a ótica do poder regulamentar do Executivo permite um entendimento muito mais simples de que a vinculação da Administração à lei decorre do princípio da reserva legal, desde que desmembrado em duas premissas:

(24) *Grau, Eros Roberto*. “O direito posto e o direito pressuposto”. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, 3ª edição, p. 182/189.

- a) reserva de lei — o Executivo se vincula aos conceitos dados pela lei;
- b) reserva de norma — o Executivo se vincula às definições decorrentes da lei, obtidas por ato regulamentar.

Na reserva de norma, o princípio da legalidade está contemplado e acatado porque decorre exatamente da previsão expressa dos atos legislativos, na medida em que define obrigações de fazer e não-fazer ao Executivo, vinculando suas ações a esses limites.

Vale dizer, é aceitável um “ato normativo não legislativo, porém regulamentar” que expresse uma manifestação de vontade (público-administrativa) discricionária e fundada em reserva de norma.²⁵

De imediato, associa-se essa proposta teórica à distinção de *Canotilho* sobre a diferença entre sentido positivo e negativo do princípio da legalidade na produção de regulamentos. É *positivo* porque a Administração Pública detém a lei como bússola para atuar, restando espaços de manobra devidamente controlados para ações que fujam dos limites da liberdade política. De seu turno, a legalidade se faz *negativa* sob a ótica de que a Administração Pública nada pode fazer, senão aquilo que está previsto em lei. Por isso *Canotilho* afirma que a competência regulamentar decorre de um “poder constitucionalmente fundado e não como poder *criado por lei*”.

VIII.2 — Regulamento decorre de delegação legislativa?

Se o regulamento tiver suficiente autonomia que o denote como uma regra jurídica no sentido de lei, o Executivo está exercitando *delegação legislativa* e, por consequência, correndo o risco de afrontar o princípio da legalidade? Não necessariamente, na visão daqueles que, como *Eros Grau*, assumem uma postura de vanguarda na interpretação do poder normativo em sentido amplo. A checagem da capacidade normativa exercida pelo Executivo não fere o princípio da separação dos poderes políticos, se aceita premissa de que não há transmissão da função legislativa e, muito menos, de delegação legislativa.

Isto porque, a função que antepara a produção regulamentar é a normativa, e não a legislativa. A ação legislativa estatui normas primárias elaboradas no seio do poder originário (Parlamento), enquanto que a ação normativa do Executivo produz normas primárias decorrentes de poder derivado. Ao instante em que se concebe o regulamento

(25) Visualizando o sistema jurídico brasileiro, pelas reflexões de *Eros Grau*, existe uma *relativização* do princípio da legalidade, comprovada na própria Constituição Federal, através da leitura do princípio da tipificação penal (XXXIX do art. 5º), da legalidade tributária (I do art. 150) e da liberdade econômica (parágrafo único do art. 170).

produzido pelo Executivo como uma derrogação do princípio da separação dos poderes, parece compreensível que um ato regulamentar não é meramente discricionário, mas sim normativo.⁽²⁶⁾

Cabe relembrar *Eisenmann*, que, ao ampliar a compreensão do princípio da legalidade, expõe uma relação teórica entre dois fatores relevantes: (i) atos da Administração (aqui compreendidos aqueles praticados pelos mais diversos agentes e entes públicos) e (ii) o “termo de referência” que definem esses atos como legais ou possivelmente legais. Do confronto desses fatores, é factível “desconstruir” o princípio da legalidade como mero repositório de condutas pré-definidas para a Administração Pública, para reconstruí-lo como uma relação jurídica entre a norma legislativa, a conduta e sua finalidade. Do contrário, o agente público estaria apenas praticando mera produção normativa-legislativa de “leis-atos administrativos”.⁽²⁷⁾

Em linha com *Eros Grau*, a função regulamentar não representaria uma função legislativa originária (produtora de lei), mas sempre uma delegação da mesma, construindo a relação jurídica entre o comando legal, o ato administrativo regulado e sua finalidade.

Daí a fórmula utilizada pelo Executivo para o desenvolvimento autônomo de um preceito abstrato de lei, ao remeter uma norma regulamentar como sendo dada “por lei” ou “em virtude da lei”.

Esse pensamento, contudo, carece da quebra de um dogma: a ação administrativa do Executivo vem implorando por uma maior aproximação entre Política e Direito. *De Bobbio a Canotilho*, de *Alessi a Dworkin*, não há pensamento jurídico puro na construção de um Estado Democrático de Direito. Ele é político-social, econômico, dogmático e, acima de tudo, concebido como uma teia intermitente e interdependente dos vários sistemas organizacionais (tecnologia, filosofia, ética, religião etc.) de uma vida em sociedade.

No entender do presente trabalho, o corte epistemológico desse dogma não provoca a supressão do princípio da legalidade. Ao contrário, reforça suas bases, na medida em que o poder normativo em sentido amplo (no qual se encaixa o poder regulamentar) não existe, senão em face de um poder legislativo originário. Esse é o equilíbrio do sistema jurídico afeito a uma ação normativa autônoma sadia.

(26) Indubitável, como ressalta *Eros Grau*, que num sistema constitucionalizado de tripartição das funções do poder estatal, haverá sempre uma parcela de função normativa exclusiva do Legislativo e, portanto, inderrogável. Assim o é qualquer ação normativa que, por seu fim, alterar o equilíbrio entre os poderes políticos. O exemplo mais eficiente desse tipo de modelo é o francês, na medida em que sua Constituição enumera taxativamente as hipóteses de reserva legal invioláveis ao poder normativo e regulamentar autônomos.

(27) *Ob. cit.*, p. 52/53.

IX — O destino do princípio da legalidade

Qual a definição mais ampla do princípio da legalidade? Seria uma relação de compatibilidade entre lei e ato administrativo? Seria uma relação de conformidade, respeitados os graus⁽²⁸⁾ de intensidade entre o bloco legal (leis, princípios, regras, normas) e o ato administrativo?

Qual sua destinação prevista a partir do Direito Administrativo?

Já está assentado que o princípio da legalidade define-se pelo dever incondicional da Administração Pública em respeitar a lei por todos os seus atos, resignando-se ao comando normativo, como meio subordinado de ordenar a conduta do agente administrativo.

Se o princípio da legalidade, no contexto abordado, afeta negativamente a ação administrativa, assim o faz para qualquer regulamento do Poder Executivo, desde que e quando incompatível com a lei e o Direito. Essa equação, contudo, não é eficaz para os regulamentos autônomos ou independentes, pois estes não têm previsão legal ou amparo prévio no Direito, eis que desenvolvidos espontaneamente pelo Poder Executivo. Daí a grande celeuma que se cria, quando o assunto é autonomia regulamentar diante do sistema de tripartição das funções políticas do Estado.

A relação que prega *Eisenmann* para explicar o princípio da legalidade existe entre os atos ou ações administrativas e o “bloco normativo” disposto à observância e cumprimento pelo administrador público. Não há princípio da legalidade como “preceito geral”, até porque deve ser questionada a soberania da Administração, de modo que, por seus atos, obedeça ao fim objetivado, mas guarde respeito à lei (constitucional e ordinária), aos regulamentos, aos tratados, à jurisprudência e ao costume.

Essa opção teórica adere ao direito positivo pela visão intrínseca ou intensiva da norma legislativa que provém do Direito Administrativo como ordenadora e, portanto, como lei material certa e determinada para a Administração (o autor repudia as “concepções extensivas da legalidade”).

Para o Direito Administrativo, o princípio da legalidade está posicionado como estrutura das normas fundamentais que regem a Administração. Por isso é que a teoria dos

(28) *Salaverría, Juan Igartua*. “Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”. In *Revista española de Derecho Administrativo*, Madrid Editora Civitas, 1996, volume 92, outubro/dezembro de 1996, p. 21/23. Essa relação vem escalonada pelo autor em três níveis crescentes: *fraca*, quando representa a mera compatibilidade do ato administrativo com a lei; *média*, quando identifica uma expressa autorização legal para prática do ato; e *forte*, na hipótese clara e inequívoca de existência de uma pré-determinação legal para a prática do ato. Para que conformidade signifique compatibilidade, deve haver o pressuposto da ausência de contradições (ou vazios normativos) entre o ato e a lei, vale dizer, não há qualquer impedimento que um ato seja compatível (ou conforme) à lei e ao Direito ainda que não previsto nem autorizado por ambos.

regulamentos administrativos tanto luta pelo paradigma da vinculação, não obstante se reconheça que eles não detêm o condão da lei (ordinária ou constitucional) de funcionar como norma superior. Isto porque a lei está destacada da Administração, não podendo ser modificada, senão por outra ação legislativa (ou jurisdicional, dependendo do sistema jurídico-político vigente).

Os regulamentos obrigam ou vinculam as ações e decisões daqueles que os criam, mas não servem como normas-quadro que permitam englobar as relações dos atos administrativos com a lei e com as próprias regras regulamentares.

Deve ser registrado que a vinculação da Administração para com a lei não é um mero ato formal de relação de poder entre os entes públicos (órgãos e agentes) e o Parlamento. A vinculação legal, em si mesma, não representa o instrumento derradeiro de contenção de poder político. Nesse aspecto, o conceito precisa ser visto como restritivo: o princípio da legalidade visa as relações entre os atos administrativos e as leis, organicamente funcionando como um fio condutor entre Administração e Poder Legislativo.

Ao se falar da legalidade como objeto do ato administrativo, está-se tratando de regulamentação. De outro lado, quando a legalidade aflora a relação jurídica, está-se falando em regularidade do ato administrativo, ou melhor, na sua materialidade última, como vontade e conduta do agente previamente definida em lei.

Quando o agente público aplica o texto de lei (em sua função executiva) criando normas de sua interpretação, está materializando a relação fato-norma.

Mas e quando não há preceito legal antecedente? *Eisenmann* oferece um excelente exemplo dessa aplicação prática do direito regulamentar “sem lei”, ao observar as atividades do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos em França, que reconhecem a aplicação de atos administrativos sem prévia regra legislativa como válidos e regulares, mediante:

- a) regulamentos autônomos;
- b) operações de execução normativa *ex officio* de leis e decisões administrativas;
- c) aplicação de sanções contratuais; e
- d) abstenção de disposição legislativa.

Destarte, é sobre a regulação que repousa a reflexão contemporânea acerca do destino do princípio da legalidade.

X — CONCLUSÕES

Indo além das indagações sobre a “crise de legalidade”, a capacidade autônoma de exercer poder normativo e regulamentar adquire maior eficiência se compreendida a partir do ferramental jurídico que sustenta a independência técnico-funcional e decisória dos agentes públicos.

Como observa *Chevallier*⁽²⁹⁾, o princípio da legalidade é investido de uma “dimensão simbólica”, porquanto, sendo a lei uma expressão das instituições sociais, qualquer lesão ou ameaça a esse mito acaba representando um choque (*substrat psychique*) no equilíbrio do sistema que a suporta. De outro modo, a violação da autenticidade simbólica da lei transparece uma “crise” do princípio da legalidade⁽³⁰⁾, que deságua no maniqueísmo do Direito e na desvalorização do fenômeno do poder.

Por tais considerações é que a legalidade, cotejada com a autonomia do poder normativo em sentido amplo (norma e regulamento) do agente administrativo, exige a relativização da “verdade dogmática” de que a Administração deve cumprir e fazer observar a lei.

Não é a lei que determina uma derrogação do princípio da legalidade, mas sim a ação decisória do agente público (regulamento) ou do juiz (regimento) prevista no ordenamento.

Assim é que, procurando a coerência desta dissertação, a relação de legalidade precisa ser vista como uma relação de conformidade.⁽³¹⁾

Argumento contrário, mas que permite o benefício da dúvida, encontra-se na questão dos regulamentos autônomos que validem atos considerados ilegais, abordada por *Eisenmann* com objetividade⁽³²⁾. A hermenêutica jurídica é que norteará sua eficácia ou não: (i) se favorável, ficam derrogadas outras operações normativas que conflitem com a regulamentação não-complementar; (ii) se desfavorável, a norma autônoma representa apenas uma “prerrogativa mínima intangível”, vista como uma “causa incerta” de aplicação do direito positivo.

A idéia de um poder normativo independente ocorre por conta do fenômeno da “crise

(29) *Chevallier, Jacques*. “La dimension symbolique du principe de legalité”. In *Revue du droit public*, 1990, v. 6, p. 1.651/1.677.

(30) *Diz Ferreira Filho* (“O Princípio da legalidade”. *Ob. cit.*, p. 17): “A lei desvaloriza-se, assim, pela perda de seu necessário conteúdo de Justiça, pela sua politização, pela sua proliferação.”

(31) Registre-se que as derrogações mais comumente ocorrem em questões de forma do ato administrativo, embora não se afaste a possibilidade de incidirem também sobre atos materiais ou substanciais, a exemplo do que *EISENMANN* identifica como “teoria dos poderes de crise”, ou seja, por ato de governo e definida a importância política do tema surgido em condições excepcionais, o princípio da legalidade é parcialmente derrogado (ou alterado para uma “legalidade especial”), suspendendo-se prescrições legislativas incondicionais (individuais ou não). Mesmo nesse contexto, resta imprescindível a necessidade do controle jurisdicional para averiguar a hipótese de exceção e autorizar o poder derrogatório.

(32) *Ob. cit.*, p. 68.

da lei”⁽³³⁾, como já abordado.

A extensão do princípio da reserva de lei — nos moldes expostos por teóricos como *Canotilho* — trouxe ao estágio contemporâneo da atividade normativa (e de sua progressiva tecnicidade) uma ampla discussão a respeito de outra circunstância denominada de “hiperinflação legislativa”⁽³⁴⁾, cujo aspecto positivo foi a revalorização dos princípios gerais de direito⁽³⁵⁾ para o resgate do princípio da legalidade no campo do Direito Administrativo.

O abalo no conceito de lei vem sendo percebido no âmbito dos próprios órgãos legislativos, seja nos sistemas parlamentares ou presidencialistas, notadamente por duas grandes frentes:

- a) o Executivo, como função cumpridora da legalidade, responde pela direção política do Estado, segundo o complexo legiferante aprovado pela maioria do Parlamento, de cuja expressão maior a ser exercida está na própria lei; e
- b) a discricionariedade da Administração, de seu turno, está fundada na reserva de matérias reguladas por leis específicas e concretas, ponto esse que se contrapõe ao item anterior, pois, no caso da ação administrativa, a reserva legal decorre de um fato-espécie que vincula o legislador (independentemente da direção política do Estado), sendo bastante complexo alcançar um conteúdo específico (a reserva) com caráter de generalidade.

Computando ato político, princípio da legalidade e reserva de lei, o único balanço que um sistema jurídico-político democrático pode efetivamente fazer para a superação da “crise da lei”, evitando os confrontos, está na preservação do arbítrio administrativo motivado (a discricionariedade) para o irrestrito cumprimento do princípio da igualdade.

Esse tema exige uma singular racionalidade constitucional e jurisdicional. A racionalidade do Direito moderno fixa-se num axioma bastante simples: é racional (e, portanto, legítimo) o que está conforme a norma jurídica. A sociedade moderna deposita sua certeza no Direito, como garantia suprema da ordem social. Direito como relação de princípios, normas e regras — sejam eles gerais e abstratos, específicos e concretos, materiais ou formais — mas que se componham na sinergia de um sistema jurídico sólido e legítimo.

(33) *Mortati, Constantino*. “Instituzioni di Diritto Pubblico – Tomo I”. Padova, CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975, p. 340/345.

(34) Vide *Alfaro, Norman José Solórzano*. “Notas para una crítica del principio de legalidad”. In *Revista Crítica Jurídica*, n. 19, jul-dez/2001, p. 57. O autor chega à conclusão que a hiperinflação legislativa, decorrente da inversão do clássico princípio da legalidade, provocou uma enxurrada de instrumentos normativos (leis, decretos, diretrizes administrativas etc.), os quais, na ótica dos poderes de exceção do Executivo, desataram uma hiperinflação normativa.

(35) *Santamaría Pastor, Juan Alfonso*. “Principios de Derecho Administrativo” — Volumen I. 3ª edição. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000, p. 165.

De maneira que inexiste a certeza absoluta de ocorrência de uma infração ao princípio da legalidade, quando a norma legislativa faculta ao administrador público não adotar, em seu ato, a conduta prevista em outra norma legislativa (princípio da conformidade).

No mesmo sentido, a aplicação de uma autorização legislativa pelo administrador público não se constitui, aprioristicamente, numa infração à lei, em especial quando se trata de ato de governo, sustentado em razões políticas ou excepcionais que precisem derogar preceitos legais pré-existentes, sob pena do ato não atingir sua finalidade, desde que em respeito ao interesse público.

Na extrema necessidade de manutenção da força da lei, bem como na contenção de qualquer ameaça à representatividade democrática da ação legislativa, tem-se que o poder administrativo de execução de condutas (pela via normativa ou regulamentar), ainda que obediente às funções integradas do aparelho estatal, não tem como escapar da rigidez do princípio da legalidade, ainda que autônomo.

Dá-se ouvidos à ressalva de *Giannini*⁽³⁶⁾, quando observa que essa rigidez teórica não se reflete plenamente na prática, vez que num sistema jurídico harmônico, a legislação conta sempre com outro espectro fundamental de hermenêutica e aplicação do Direito: a jurisprudência. O controle jurisdicional por vezes trata o princípio da legalidade de maneira atenuada, em específico por uma grande influência do Direito Privado, validando condições a favor do particular, mesmo que a autorização não esteja contida numa norma jurídica. Na experiência contemporânea, o princípio da legalidade assume uma conotação aberta, representando um paradigma mais afinado com a práxis administrativa. A atividade administrativa é, então, representada por um conteúdo autorizador da norma jurídica, correlato a uma situação sugestiva do Direito Privado, que provoca efeito de extinção ou de limitação do ato administrativo.

Como anota *Garcia de Enterría*⁽³⁷⁾, a visão atual da lei, notadamente no espectro do Direito Administrativo, é dada por uma “conciencia de ‘tercera dimensión’, de una perspectiva en profundidad, que viene de la acumulación sobre un mismo problema indivisible de normas escritas de muy distinta procedencia y valor.”⁽¹⁾

Pois bem, a margem de competência legislativa da Administração não é mais de mera execução de dispositivos legais através da regulamentação vinculada ou autorizada. É essa

(36) *Giannini, Massimo Severo*. “Diritto Amministrativo – Volume Primo”. 3ª edição. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 87/89.

(37) *Garcia de Enterría, Eduardo e Tomás-Ramón Fernández*. “Curso de Derecho Administrativo – Tomo I”. 10ª edição. Madrid: Editora Civitas, 2001, p. 41.

mudança, esse novo entendimento sobre o poder normativo, que outorga diferencial evolução entre regulamentos e atos normativos. O regulamento é uma disposição volitiva da Administração Pública (seja na função assistencial, social ou de organização institucional de gestão) decorrente dos limites e atribuições que lhe são outorgadas por lei, para a persecução do fim a que se destina. Por tal abordagem é que a norma regulamentar posta-se como secundária à lei, mas nem por isso perde sua função normativa.

Por premissa maior, ao adentrarem em matéria restrita à lei ou contrária à lei, os poderes normativo e regulamentar — mesmo que exercidos com autonomia — terão pela frente o Poder Judiciário no controle do “derecho o potestad de examinar la validez de la norma con anterioridad a su aplicación” (*Garcia de Enterria*). Não se trata de uma faculdade jurisdicional, mas sim de um dever de ofício (decorrente da responsabilidade judicial derivada da vinculação direta à lei) rever qualquer ato normativo secundário que lese o princípio da legalidade em seu sentido material.

A mutabilidade contemporânea dos valores que giram em torno do princípio da legalidade é tamanha que, não havendo como discordar da melhor doutrina⁽³⁸⁾, forçoso concluir que hoje a regulamentação normativa do conteúdo da atividade administrativa tem natureza de limite, inserida objetivamente na dialética relação entre autoridade e liberdade.

BIBLIOGRAFIA

Afonso da Silva, José. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. São Paulo, Malheiros Editores, 20ª edição, 2001.

Alfaro, Norman José Solórzano. “Notas para una crítica del principio de legalidad”. In *Revista Crítica Jurídica*, n. 19, jul-dez/2001, 33:65.

Caetano, Marcello. “Princípios Fundamentais do Direito Administrativo”. Coimbra: Editora Almedina, 1996, 1ª impressão portuguesa da edição brasileira de 1977.

Canotilho, J.J. Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. Coimbra: Editora Almedina, 3ª edição, 1999.

Chevallier, Jacques. Artigo denominado *Vers um droit postmoderne?* In *Les transformations de la régulation juridique; Droit et Société — Recherches et Travaux*, Paris, 1998.

Di Pietro, Maria Sylvia Z. “Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988”.

(38) *Giannini, ob. cit.*, p. 89.

- São Paulo: Editora Atlas, 2ª edição, 2001.
- Eisenmann, Charles*. “O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 56, 1959, p. 47:70.
- Garcia de Enterría, Eduardo e Tomás-Ramón Fernández*. “Curso de Derecho Administrativo — Tomo I”, 10ª edição. Madri: Editora Civitas, 2001.
- _____. “Legislacion Delegada Potestad Reglamentaria Y Control Judicial”. Madri: Editora Civitas, 3ª edição, 1998.
- Giannini, Massimo Severo*. “Diritto Amministrativo — Volume Primo”. 3ª edição. Milão: Dott. A Giuffrè Editore, 1993.
- Giuffrè, Felice*. “Declínio Del Parlamento — Legislatore e crescita del potere de inchiesta”. In *Le autorità indipendenti* (org. *Labriola, Silvano*). Milão: Ed. Giuffrè, 1.999, p. 177:214.
- Grau, Eros Roberto*. “O direito posto e o direito pressuposto”. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, 3ª edição.
- Larenz, Karl*. “Derecho Justo — Fundamentos de Etica Juridica”. Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1985.
- Laubadère, André de*. “Traité de Droit Administratif — Tomo I”. Paris: L.G.D.J., 16ª edição, 2001.
- Limberger, Têmis*. “Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público — Os Princípios Constitucionais da Legalidade e Moralidade”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
- Medauar, Odete*. “O Direito Administrativo em evolução”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. “Direito Administrativo Moderno”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1999.
- Meirelles, Hely Lopes*. “Direito Administrativo Brasileiro”. São Paulo: Malheiros Editores, 17ª edição, 1990.
- Mortati, Constantino*. “Instituzioni di Diritto Publico — Tomo I”. Padova, CEDAM — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975.
- Rivero, Jean*. “Direito Administrativo”. Coimbra: Editora Almedina, 1981.

- Santamaría Pastor, Juan Alfonso.* “Principios de Derecho Administrativo” — Volumen I. 3ª edição. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 2.000.
- Seabra Fagundes, M.* “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”. Rio de Janeiro: Editora Forense, 5ª edição, 1979.
- Sesin, Domingo.* “Administración Pública. Actividad reglada, discrecional Y Técnica — Nuevos Mecanismos de Control Judicial”. Buenos Aires, 1994, Ediciones Depalma.
- Zanobini, Guido.* “L’attività Amministrativa e la Legge, in Scritti Vari di Diritto Pubblico”. Milão, Editora Dott. A. Giuffré, 1955.